

Arbitraje:

Consorcio Euroshop S.A. – Rontan Eletro
Metalúrgica LTDA – Momarento E.I.R.L. – Ministerio
de Salud
"Contrato N° 227-2013-MINSA"

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre el Consorcio Euroshop S.A. – Rontan Eletro Metalurgica LTDA – Momarento E.I.R.L con el Ministerio de Salud, dictan los miembros del Tribunal Arbitral doctores Ricardo Salazar Chávez (Presidente), Iván Casiano Lossio y Ricardo Javier Bellina de los Heros (árbitros).

Número de Expediente de Instalación: 1253-2015

Demandante: Consorcio Euroshop S.A. – Rontan Eletro Metalurgica LTDA – Momarento E.I.R.L (en lo sucesivo el Consorcio, el demandante o el Contratista)

Demandado: Ministerio de Salud (en lo sucesivo la Entidad o el demandado)

Contrato: Contrato N° 227- 2013- MINSA Adquisición de ambulancias

Monto del Contrato: S/. 6'036,863.60

Cuantía de la Controversia: S/.196,758.83

Tipo y Número de Proceso de Selección: 065-2013-MINSA-TERCERA CONVOCATORIA

Tribunal Arbitral: Ricardo Salazar Chávez (Presidente), Iván Casiano Lossio y Ricardo Javier Bellina de los Heros

Secretaría Arbitral: Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L. – Carmen Antonella Quispe Valenzuela

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/. 19, 305.00

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 5,708.00

Fecha de emisión del laudo: 12 de febrero de 2016

N° de Folios: 43

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

☐ Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.

☐ Resolución del contrato.

☒ **Ampliación del plazo contractual.**

☐ Defectos o vicios ocultos.

☐ Formulación, aprobación o valorización de metrados.

☐ Recepción y conformidad.

☐ Liquidación y pago.

☒ **Mayores gastos generales.**

☐ Indemnización por daños y perjuicios.

☐ Enriquecimiento sin causa.

☐ Adicionales y reducciones.

☐ Adelantos.

☐ **Penalidades.**

☐ Ejecución de garantías

☐ Otros:

Arbitraje:

Consorcio Euroshop SA. – Rontan Eletro
Metalúrgica LTDA – Momarento EIRL. – Ministerio de
Salud "Contrato N° 227-2013-MINSA"

Resolución N° 10

En Lima, a los 12 días del mes de febrero de 2016, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del demandante y del demandado, el Tribunal Arbitral dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. El 5 de agosto de 2013, las partes celebraron el Contrato N° 227-2013-MINSA para la "venta, transferencia y adquisición por parte de la entidad pública de 20 ambulancias equipadas". En adelante, nos referiremos a este contrato como "el Contrato".

- 1.2. La Cláusula Décimo Sétima del Contrato dispone que:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado."

"Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de Contrataciones del Estado."

"El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."

- 1.3. El 17 de junio de 2015, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Ricardo Salazar Chávez, Iván Casiano Lossio y Ricardo Javier Bellina de los Heros, así como Katherine Mirtha Quiroz Acosta, profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales, en representación de la Dirección de Arbitraje

Arbitraje:

Consorcio Euroshop SA. – Rontan Eletro
Metalúrgica LTDA – Momarento EIRL. – Ministerio de
Salud "Contrato N° 227-2013-MINSA"

Administrativo del OSCE y los representantes de ambas partes, participaron en la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, ratificando los árbitros la aceptación del encargo y, señalando que no tienen ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes; asimismo, se obligaron a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada; ante ello, las partes asistentes expresaron su conformidad con las designaciones realizadas.

- 1.4. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Tribunal Arbitral fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno ad hoc, nacional y de derecho.
- 1.5. Así también, en esta Audiencia, el Tribunal Arbitral encargó la secretaría del proceso a Arbitre Soluciones Arbitrales SRL, quien a su vez, designó como abogada a cargo a Carmen Antonella Quispe Valenzuela, identificada con DNI N° 42744668, y Registro CAL N°54863, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en la Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. El 19 de junio de 2015, el Contratista presentó su demanda, solicitando el siguiente petitorio:

I. PETITORIO:

"i) Que se declare y determine que NO hemos incurrido en ningún tipo de atraso y/o incumplimiento de la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA, referido a la transferencia y entrega de una (1) Ambulancia Urbana Tipo II y de una (1) Ambulancia Urbana Tipo III, y que hemos cumplido debida y oportunamente con nuestras obligaciones al respecto. Por consiguiente, al no haber incurrido en incumplimiento ni atraso en la entrega de los bienes materia de contratación que nos pueda ser imputado, solicitamos que se declare que NO le debemos suma de dinero alguna, ni tenemos obligación de pago ni de ningún tipo con el

Arbitraje:

Consorcio Euroshop SA. – Rontan Eletro
Metalúrgica LTDA – Momarento EIRL. – Ministerio de
Salud "Contrato N° 227-2013-MINSA"

MINISTERIO DE SALUD, por concepto de penalidad, ni por ningún otro concepto.

ii) Que, sin perjuicio de lo anterior, y de manera autónoma e independiente a la pretensión precedente, se declare además que la determinación, cálculo, liquidación e imputación de penalidad que nos comunica el **MINISTERIO DE SALUD** por la suma de S/. 167,690.65 en su Oficio N° 127-2015-OL-OGA/MINSA del 26 de Enero de 2015, y por cualquier otro monto, es nula, inválida, ineficaz, inexigible, y carece de todo valor

iii) Como consecuencia de las dos pretensiones anteriores, sea que se declaren fundadas ambas o solo una de ellas, al no haber incurrido en incumplimiento de ningún tipo, y estar frente a una determinación y cobro de penalidad nula, inválida e ineficaz, solicitamos se ordene al **MINISTERIO DE SALUD** cumpla con devolvernos, reintegrarnos y pagarnos dichos **S/. 167,690.65 (ciento sesenta y siete mil seiscientos noventa y 65/100 Nuevos Soles)** que indebidamente nos ha retenido por una inexistente y nula penalidad; pretensión de pago que solicitamos más los intereses correspondientes.

iv) Que, como consecuencia de todas las pretensiones anteriores, ante los incumplimientos y el atraso del **MINISTERIO DE SALUD**, así como por su comportamiento irregular, arbitrario y discrecional, en perjuicio de nuestro Consorcio, se ordene al **MINISTERIO DE SALUD** cumpla con pagarnos una indemnización de daños y perjuicios ascendente a **US\$ 9,178.46 (nueve mil ciento setenta y ocho y 46/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica)**.

v) Que se ordene al **MINISTERIO DE SALUD** cumpla con asumir y pagarnos las costas y costos del proceso arbitral, y de todos aquellos gastos incurridos para someter esta controversia a arbitraje, de conformidad con el artículo 70° del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, de aplicación supletoria al presente proceso de conformidad con el inciso 12 del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

2.2. Mediante Resolución N° 1 de fecha 30 de junio de 2015 el Tribunal Arbitral resolvió, entre otros, admitir a trámite la demanda interpuesta por el Consorcio, teniendo por ofrecidos sus medios

probatorios y corriéndose traslado de ella a la Entidad para que en un plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada, presente su contestación de demanda y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción.

- 2.3. Ante ello, mediante escrito de fecha 16 de julio de 2015, la Entidad contestó la demanda arbitral y, solicitó al Tribunal Arbitral declarar infundada las pretensiones que ésta contiene en base a los fundamentos de hecho y derecho que en su oportunidad expuso.
- 2.4. Por ello, mediante Resolución N° 2 de fecha 12 de agosto de 2015, el Tribunal Arbitral resolvió, entre otros, tener por contestada la demanda por parte de la Entidad, teniendo por ofrecidos los medios probatorios que presentó. Asimismo, otorgó a las partes el plazo de cinco (05) días hábiles contados a partir de su notificación, para que de estimarlo conveniente, formulen sus propuestas de puntos controvertidos, las mismas que podrán ser recogidas o no por el Tribunal Arbitral, a su discreción, además, las citó a la audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el martes 25 de agosto de 2015, a las 13:00 horas en la sede arbitral.
- 2.5. Posteriormente, mediante escrito N° 3 de fecha 18 de agosto de 2015, el Consorcio se reservó el derecho de absolver y desvirtuar el escrito de contestación de la Entidad en sus alegatos finales. Asimismo, cumplió con proponer su propuesta de puntos controvertidos.
- 2.6. A las 13:00 horas del día 25 de agosto de 2015, con la participación de los señores integrantes del Colegiado Arbitral, del Consorcio y de la Entidad se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En este acto, se expidió la Resolución N° 3, a través de la cual se tuvo presente las propuestas de puntos controvertidos presentadas por el Consorcio mediante



Arbitraje:

Consorcio Euroshop SA. – Rontan Eletro
Metalúrgica LTDA – Momarento EIRL. – Ministerio de
Salud "Contrato N° 227-2013-MINSA"

escrito N° 3 y se otorgó a la Entidad el plazo de cinco (5) días hábiles de notificada, para que cumpla con acreditar la inscripción de los árbitros en el SEACE. Asimismo, continuando con la Audiencia, los representantes de cada una de las partes señalaron que no era posible arribar a un acuerdo conciliatorio; no obstante, en dicha audiencia se dejó abierta la posibilidad de que las mismas logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

- 2.7. En función a las pretensiones demandadas, el Tribunal estableció en dicha audiencia los siguientes puntos controvertidos:

DE LA DEMANDA:

1. Determinar si corresponde o no declarar que el CONSORCIO no ha incurrido en ningún tipo de atraso y/o incumplimiento en la ejecución de la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA, referido a la transferencia y entrega de una (1) Ambulancia Urbana Tipo II y de una (1) Ambulancia Urbana Tipo III, en consecuencia, determinar si corresponde o no declarar que el CONSORCIO ha cumplido debida y oportunamente con sus obligaciones al respecto, por lo que no debe suma de dinero alguna, ni tiene obligación de pago ni de ningún tipo con la ENTIDAD, por concepto de penalidad u otro concepto.
2. Determinar si corresponde o no declarar que la determinación, cálculo, liquidación e imputación de penalidad que comunicó la ENTIDAD por la suma de S/. 167,690.65 en su Oficio N° 127-2015-OL-OGA/MINSA del 26 de Enero de 2015, y por cualquier otro monto, es nula, inválida, ineficaz, inexigible, y carece de todo valor.
3. En caso se ampare la primera o segunda pretensión principal o ambas, determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD cumpla con devolver, reintegrar y pagar al CONSORCIO la suma de S/. 167,690.65 que retuvo por concepto de penalidades; más los intereses correspondientes.
4. Determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD cumpla con pagar al CONSORCIO una indemnización de daños y

perjuicios ascendente a la suma de US\$ 9,178.46 (nueve mil ciento setenta y ocho y 46/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).

5. Determinar qué parte, y de ser el caso, en qué proporción deberán asumir los costos arbitrales.

Igualmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de analizar los puntos controvertidos fijados precedentemente, no necesariamente en el orden en que fueron planteados y que si al momento de referirse a alguno de los puntos controvertidos llega a determinarse que carece de objeto pronunciarse sobre los otros con los que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estos otros expresando las razones de dicha omisión.

Las partes asistentes expresaron su conformidad con los puntos controvertidos determinados en este acto y, con las reglas establecidas por el Tribunal Arbitral al respecto.

- 2.8. Asimismo, en la referida audiencia se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por las partes:

(I) Con respecto al Demandante:

Se admitieron los documentos ofrecidos por el Consorcio EUROSHOP RONTAN ELETRO METALURGICA LTDA – MOMARENTO EIRL. detallados en los numerales del 8.1 al 8.9 del acápite VIII "MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS" y adjuntados al escrito de demanda de fecha 19 de junio de 2015.

(ii) Con respecto al Demandado:

Se admitieron los documentos ofrecidos por el MINISTERIO DE SALUD, señalados en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS" los cuales consisten en los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio demandante, conforme lo señalado en su escrito contestación de demanda de fecha 16 de julio de 2015.

Además, el Tribunal Arbitral resolvió citar a las partes a la Audiencia de Ilustración de Posiciones para el 8 de setiembre de 2015 a las 13:00 horas en la sede arbitral, disponiéndose que en dicha audiencia las partes podrían exponer los fundamentos fácticos, técnicos y jurídicos de sus posiciones para lo cual

podrían contar con la asistencia de los profesionales de la especialidad que consideren conveniente.

- 2.9. Ante lo requerido, mediante escrito s/n de fecha 31 de agosto de 2016, la Entidad cumplió con acreditar el registro de los miembros del Tribunal Arbitral en el SEACE, por lo que mediante Resolución N° 4 de fecha 8 de setiembre de 2015, el Tribunal Arbitral, entre otros, tuvo por cumplido lo requerido en relación a la inscripción en el SEACE.
- 2.10. Es así que el 8 de setiembre de 2015 con la participación de Tribunal Arbitral y el representante de la Entidad y del Consorcio se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Posiciones. En la referida audiencia, se otorgó el uso de la palabra al representante del Consorcio y luego de la Entidad para que expongan oralmente sus posiciones. Posteriormente, el Colegiado formuló las preguntas que consideró pertinentes a las partes, las mismas que fueron absueltas, debidamente, por cada parte.
- 2.11. Luego, mediante escrito N° 04 de fecha 17 de setiembre de 2015, el Consorcio solicitó se declare la conclusión de la etapa probatoria. Asimismo, solicitó que se conceda a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles a fin de presentar alegatos finales.
- 2.12. Atendiendo a ello, mediante Resolución N° 6 de fecha 16 de octubre de 2015, el Tribunal Arbitral, entre otros, tuvo presente el escrito presentado el 17 de setiembre de 2015 por el Consorcio. Asimismo, se declaró cerrada la etapa probatoria y, finalmente, se concedió a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos finales.
- 2.13. Ante ello, mediante escrito N° 06 de fecha 23 de octubre de 2015, el Consorcio presentó sus alegatos finales. Asimismo, mediante escrito

N° 07 de fecha 4 de noviembre de 2015, solicitó al Tribunal Arbitral se sirva a fijar y señalar plazo para laudar.

- 2.14. Mediante Resolución N° 7 de fecha 10 de noviembre de 2015, entre el otros, el Tribunal Arbitral resolvió tener presente los alegatos escritos formulados por el Consorcio en su escrito N° 6, asimismo, se resolvió tener por no presentados los alegatos escritos por parte de la Entidad.

Finalmente, se declaró el cierre de la instrucción, es decir, las partes no podrán presentar nuevas alegaciones ni nuevas pruebas, salvo que medie requerimiento o autorización del Tribunal Arbitral.

- 2.15. Posteriormente, mediante Resolución N° 8, el Tribunal Arbitral, entre otros, resolvió establecer el plazo para laudar de treinta (30) días hábiles contados a partir de notificada dicha resolución, el mismo que podría ser prorrogado por treinta (30) días hábiles adicionales, a entera discreción del Tribunal Arbitral.

III. COSTOS DEL PROCESO

- 3.1. En lo referente a los costos arbitrales, fueron fijados en los numerales 56 y 57 del Acta de Instalación, estableciéndose como anticipo de los honorarios de cada uno de los árbitros la suma de S/. 4,635.00 netos para cada uno de los árbitros, a los que deberían agregarse los impuestos correspondientes y en S/. 4,268.00, más el Impuesto General a las Ventas, para la secretaria arbitral, debiendo cada parte asumir el 50% de dichos montos.

- 3.2. Mediante Resolución N° 2, se tuvo por pagados el anticipo de honorarios arbitrales en la parte que le corresponde al Consorcio.

- 3.3. Asimismo, mediante Resolución N° 4, se tuvo por pagados los honorarios arbitrales en la parte que le corresponde a la Entidad.

Arbitraje:

Consorcio Euroshop SA. – Rontan Eletro
Metalúrgica LTDA – Momarento EIRL. – Ministerio de
Salud "Contrato N° 227-2013-MINSA"

- 3.4. Mediante Resolución N° 5, se estableció un segundo anticipo de honorarios para cada uno de los árbitros ascendente a la suma neta de S/. 1,800.00 monto al que debería agregarse la retención correspondiente del Impuesto a la Renta o el Impuesto General a las Ventas, según corresponda; de la misma forma, se estableció un segundo anticipo de honorario a la secretaría arbitral ascendente a la suma de S/. 1,440.00. Debiendo cada parte asumir el 50% de dichos montos. Para lo cual se les otorgó un plazo de 10 días hábiles a partir de notificados de esta resolución.
- 3.5. Mediante Resolución N° 6, se tuvo por acreditado el pago de del segundo anticipo de honorarios profesionales de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría por parte del Consorcio.
- 3.6. Mediante Resolución N° 7 se facultó el Consorcio para que en un plazo de cinco (5) días hábiles asuma el pago del segundo pago de anticipo de los honorarios arbitrales en la parte que le correspondía a la Entidad.
- 3.7. Mediante Resolución N° 8, se tuvo por acreditado el pago del segundo anticipo de honorarios profesionales de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría por parte del Consorcio en lo que le correspondía a la Entidad.

IV. PRETENSIONES DEMANDADAS

- 4.1. Las pretensiones contenidas en la demanda y reconvención han sido fijadas como puntos controvertidos en los siguientes términos:

DE LA DEMANDA:

- a. Determinar si corresponde o no declarar que el CONSORCIO no ha incurrido en ningún tipo de atraso y/o incumplimiento en la

ejecución de la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA, referido a la transferencia y entrega de una (1) Ambulancia Urbana Tipo II y de una (1) Ambulancia Urbana Tipo III, en consecuencia, determinar si corresponde o no declarar que el CONSORCIO ha cumplido debida y oportunamente con sus obligaciones al respecto, por lo que no debe suma de dinero alguna, ni tiene obligación de pago ni de ningún tipo con la ENTIDAD, por concepto de penalidad u otro concepto.

- b. Determinar si corresponde o no declarar que la determinación, cálculo, liquidación e imputación de penalidad que comunicó la ENTIDAD por la suma de S/. 167,690.65 en su Oficio N° 127-2015-OL-OGA/MINSA del 26 de Enero de 2015, y por cualquier otro monto, es nula, inválida, ineficaz, inexigible, y carece de todo valor
- c. En caso se ampare la primera o segunda pretensión principal o ambas, determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD cumpla con devolver, reintegrar y pagar al CONSORCIO la suma de S/. 167,690.65 que retuvo por concepto de penalidades; más los intereses correspondientes.
- d. Determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD cumpla con pagar al CONSORCIO una indemnización de daños y perjuicios ascendente a la suma de US\$ 9,178.46 (nueve mil ciento setenta y ocho y 46/100 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).
- e. Determinar qué parte, y de ser el caso, en qué proporción deberán asumir los costos arbitrales.

V. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA:

- 5.1. Para la sustentación de las pretensiones contenidas en la demanda, el Consorcio expuso los siguientes fundamentos:

«(...)

III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE NUESTRA PRIMERA PRETENSION

3.1. Nuestra primera pretensión está dirigida a determinar que nuestro Consorcio NO ha incurrido en incumplimiento ni atraso de ningún tipo en la entrega de las dos ambulancias materia de la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA, por lo que no se nos puede atribuir dicho incumplimiento ni penalidad de ningún tipo.

Arbitraje:

Consorcio Euroshop SA. – Rontan Eletro
Metalúrgica LTDA – Momarento EIRL. – Ministerio de
Salud "Contrato N° 227-2013-MINSA"

3.2. Conforme se explicó y demostró en la líneas precedentes, nuestro Consorcio entregó físicamente las 2 ambulancias de la citada Segunda Adenda el 13 de Agosto de 2014 (ver Anexos N° 01-H y N° 01-I); es decir, la entrega física de dichos bienes se realizó OPORTUNAMENTE Y EN LA FECHA prevista contractualmente, sin ningún tipo de observación ni cuestionamiento alguno, habiendo obtenido la CONFORMIDAD DE LA PRESTACION, conforme se aprecia con claridad en los documentos que adjuntamos como Anexos N° 01-J y N° 01-K. Por lo tanto, NO EXISTE INCUMPLIMIENTO NI RETRASO DE NINGUN TIPO, y NO de nos puede atribuir responsabilidad ni penalidad alguna, habiendo entregado dichos bienes a plena conformidad de la entidad pública.

3.3. En el Oficio N° 127-2015-OL-OGA/MINSA del 26 de Enero de 2015 (**Anexo N° 01-M**), el MINSA pretende alegar y confundir que como hubo aplicación de una penalidad en lo que respecta a las prestaciones originales del Contrato N° 227-2013-MINSA por un monto de S/. 496,364.34 (la misma que es inválida, nula e ineficaz y se discute en otro proceso arbitral), entonces ello generaría que sobre las dos ambulancias materia de la Segunda Adenda del Contrato N° 227-2013-MINSA que es materia del presente proceso arbitral, también se debería aplicar una inexistente penalidad, pese que a NUNCA hubo retraso ni incumplimiento de ningún tipo respecto de esas dos ambulancias en particular que fueron objeto de la referida Segunda Adenda materia de este arbitraje; todo lo contrario, dichas dos ambulancias fueron entregadas de manera debida, oportuna y a plena conformidad, tal cual se demuestra fehacientemente en los documentos que adjuntamos como **Anexos N° 01-H, N° 01-I, N° 01-J y N° 01-K.**

Al respecto, recordemos que de conformidad con el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la penalidad se calcula en función del retraso en el cumplimiento de la obligación por el ítem o bien correspondiente que debió ejecutarse. De igual forma, la cláusula cuarta del Contrato N° 227-2013-MINSA, que se aplica igualmente a la Segunda Adenda, establece claramente que las contraprestaciones, entregas y pagos se hace por precio unitario, conforme a lo efectivamente entregado. **En aplicación del referido artículo 165° y de la citada cláusula cuarta, tenemos claramente que, de haber algún retraso en la entrega de las ambulancias materia de contratación, la penalidad aplicable se calcula invariable e inequívocamente en función de cada ambulancia en particular y en específico que se hubiera incumplido con entregar en su debida oportunidad; en otras palabras, cada ambulancia supuestamente no entregada a tiempo, generaría su propia penalidad en función de su precio unitario, pero NUNCA afectará ni perjudicará el cumplimiento oportuno de las otras ambulancias que se entregaron a tiempo, a las cuales NUNCA se les podría aplicar una penalidad, pues NO PUEDE HABER PENALIDAD SI NO HAY INCUMPLIMIENTO.**

En este caso, muy al margen de la inexistente penalidad que se discute

en otro proceso arbitral respecto de las prestaciones originales del Contrato N° 227-2013-MINSA, queda claro que ello **NO podrá nunca perjudicar, ni alterar ni vincular el cumplimiento de las prestaciones de la Segunda Adenda que se ventilan en este arbitraje, ni mucho menos la contraprestación que nos corresponde por las mismas.** Por lo tanto, **estando demostrado que entregamos con absoluta puntualidad las dos ambulancias materia de la Segunda Adenda, y que las mismas cuentan con los documentos de conformidad correspondientes, entonces se nos debió pagar el íntegro de la contraprestación a nuestro favor, y NUNCA retenernos la suma que reclamamos de S/. 167,690.65 por concepto de una penalidad inexistente y que nunca se pudo generar, pues nunca hubo incumplimiento.**

3.4.- Por consiguiente, al NO haber incurrido en ningún incumplimiento en estos extremos que nos pueda ser atribuido, nuestra pretensión para que se declare que NO le debemos suma de dinero alguna, ni tenemos obligación de pago ni de ningún tipo con el MINSA por concepto de penalidad, ni por ningún otro concepto, deberá ser también amparada.

IV.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE NUESTRA SEGUNDA PRETENSION.-

4.1.- Nuestra segunda pretensión está dirigida a que se declare que la determinación, cálculo, liquidación e imputación de penalidad de S/. 167,690.65 que el MINSA nos "indica" nos ha aplicado en su Oficio N° 127-2015-OL-OGA/MINSA del 26 de Enero de 2015, es nula, inválida, ineficaz, inexigible, y carece de todo valor.

4.2.- A pesar de que el monto que nos debía ser pagado por la venta de las dos ambulancias materia de la Segunda Adenda entregadas en su debida oportunidad y a plena conformidad, ascendía a la suma de S/. 603,686.36, el MINSA sólo nos había pagado S/. 435,995.71, quedando un saldo pendiente por cobrar de S/. 167,690.65. Fue por ello que mediante carta de fecha 19 de Enero de 2015 (**Anexo N° 01-L**), requerimos al MINSA para que cumpliera con pagarnos dicha suma que estaba pendiente. Ante ello, el MINSA nos remite el Oficio N° 127-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 26 de Enero de 2014, que recibimos el 29 de Enero de 2015 (**Anexo N° 01-M**), en la cual nos "indica" que la suma no pagada ha sido retenida por concepto de penalidad.

Llama mucho la atención el proceder del MINSA, ya que las dos ambulancias de la Segunda Adenda habían sido entregadas puntualmente y dentro del plazo, sin ningún tipo de observación ni cuestionamiento, y contando además con las conformidades de la prestación (**Anexos N° 01-H, N° 01-I, N° 01-J y N° 01-K**). En tal sentido, al no haber incumplimiento ni retraso que nos pueda ser imputado, tampoco se nos podía atribuir ni imponer el pago de penalidad alguna. Sin embargo, **lo que había hecho el MINSA había sido realizar una determinación de penalidad inventada, abusiva, arbitraria e ilegal;** en

efecto, el MINSA ha sumado el monto contractual del Contrato N° 227-2013-MINSA (S/. 6'036,863.60) más el monto de la Segunda Adenda (S/. 603,686.36), lo cual hace un total de S/. 6'640,549.96, y a eso le ha aplicado el 10% "de penalidad", determinando una penalidad total de S/. 664,054.99; de esta manera, como ya nos había retenido y cobrado indebidamente una penalidad anteriormente de S/. 496,364.34 por un inexistente retraso en el Contrato N° 227-2013-MINSA (lo cual se debate en otro proceso arbitral), ahora nos retiene y cobra respecto de las dos ambulancias de la Segunda Adenda una penalidad de S/. 167,690.65, para supuestamente completar esta penalidad total del 10% que aplica sobre toda la suma de los montos del Contrato N° 227-2013-MINSA y de la Segunda Adenda; penalidad que aplica no obstante NUNCA incumplimos ni nos retrasamos en la entrega de las dos ambulancias de la Segunda Adenda, sino que cumplimos oportuna y debidamente a plena conformidad.

Como se ha podido apreciar, y sin necesidad de dar mayor explicación, el actuar del MINSA es realmente arbitrario, ilegal y denota un abuso de autoridad indignante, al pretender cobrar penalidad respecto de prestaciones en las que NUNCA hubo incumplimiento, pretendiendo además aplicarla sobre un monto que no corresponde y que evidentemente excede los límites legales.

4.3.- Sin embargo, la invalidez, ineficacia e inexigibilidad de esta penalidad se deriva además de un comportamiento irregular, discrecional, abusivo y contrario a ley dispuesto por parte del MINSA. En efecto, en primer lugar verificamos que el MINSA nos impone y se cobra una penalidad mediante una simple comunicación en un Oficio, cuando ELLO NO EMANA DE NINGUN ACTO VALIDO, EFICAZ NI EXIGIBLE.

Debemos tener en cuenta que el MINSA nos otorgó la **CONFORMIDAD DE LA PRESTACION** respecto de las dos ambulancias de la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA, mediante los documentos de conformidad emitidos el 17 de Octubre de 2014 (ver **Anexos N° 01-J y N° 01-K**), sin indicar en las mismas que habíamos incurrido en penalidad de ningún tipo, ni mucho menos en incumplimiento contractual, lo cual **CONFIRMA QUE NO HUBO RETRASO NI INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, SIENDO IMPOSIBLE QUE SE HAYA GENERADO PENALIDAD ALGUNA.** En efecto, el inciso 3 del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece claramente que cualquier saldo a cargo del contratista que debiera ser pagado a favor de la entidad, **deberá establecerse en el ACTA DE CONFORMIDAD, que es el ACTO IDONEO Y QUE LA LEY HA FIJADO PARA ELLO.** Es decir, es en el documento de conformidad la oportunidad que la ley fija para que la entidad establezca si se le debe algo o no en el ACTO correspondiente, ya sea por penalidad o por cualquier otro concepto; si no hace una determinación de penalidad o deuda alguna a cargo del contratista en ese momento, entonces la **LEY NO LE PERMITE HACERLO EN OTRO.** Por lo tanto, **dado que en los documentos de Conformidad de Prestación de las dos ambulancias NO se hizo indicación alguna de penalidad de ni de**

ningún monto a pagar a favor del MINSA, fue porque efectivamente NO LE DEBIAMOS NI LE DEBEMOS NADA, mucho menos por una inexistente penalidad. En consecuencia, **NUNCA HUBO PENALIDAD**, siendo irregular que ahora se nos pretenda cobrar suma alguna por dicho concepto.

Por consiguiente, resulta realmente sorprendente que el MINSA pretenda cobrarnos una penalidad que no solo NO existe por los motivos sustentados en nuestra primera pretensión, sino que no determinó en la oportunidad que la ley le imponía hacerlo mediante el acto administrativo adecuado. Así, el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que cualquier controversia relacionada con la ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección público se tiene que tramitar necesariamente mediante un arbitraje, hasta el momento antes de la conclusión del contrato, para lo cual, **cualquiera de las partes, ya sea la entidad pública o el contratista, tienen un plazo de CADUCIDAD de 15 días para someter la controversia a arbitraje; si no lo hace, el acto materia de controversia queda FIRME y CONSENTIDO.** En este caso, fue el propio MINSA quien nos emitió, firmó y entregó los documentos de Conformidad de la Prestación respecto de las dos ambulancias materia de contratación en la Segunda Adenda sin indicación de penalidad de ningún tipo, por lo que si hubiera tenido algún inconveniente al respecto o hubiera querido incluir la penalidad fuera de la oportunidad que la ley establece, lo habría tenido que impugnar en la vía arbitral en el plazo de caducidad de 15 días hábiles desde sus respectivas fechas de emisión, plazos que notoriamente ya VENCIERON.

Por lo tanto, sea como fuera, **las Conformidades de la Prestación** emitidas el 17 de Octubre de 2014 emitidas **SIN PENALIDAD** alguna, ni obligación de pago a cargo de nuestra empresa de ningún tipo, **constituyen actos CONSENTIDOS, EFICACES y FIRMES que deben ser cumplidos, y que no pueden ser desconocidos por la propia entidad que los emitió; y si en ellas NO hay indicación de penalidad, es porque efectivamente NO LA HAY.**

El artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que los contratos sobre bienes y servicios determinan obligaciones a cargo del contratista en los documentos de conformidad. Sin embargo, **hemos observado que el MINSA nos "indica" que han calculado, atribuido y cobrado una penalidad mediante un simple Oficio (ver Anexo N° 01-M), documento inoficioso que NO CONSTITUYE ACTO VALIDO, NI EFICAZ, NI VINCULANTE, NI EXIGIBLE para nuestro Consorcio.** En efecto, dichos documentos NO emanan de órgano competente, no contienen una motivación válida, NO constituyen el acto administrativo que la LEY ha impuesto para su validez y eficacia, y NO emanan de ningún trámite regular, vulnerando TODOS LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO del artículo 03° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, y por ende, de acuerdo al numeral 2) del artículo de la misma Ley N° 27444 constituye un acto NULO. Si el MINSA no determinó su inexistente y arbitrara penalidad al momento de emitir la conformidad, entonces **ya NO PUEDE HACERLO** bajo ningún

concepto o consideración; recordemos que las entidades públicas se rigen por el **Principio de Legalidad** regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, por lo que **tienen limitadas sus actuaciones a los mandatos y facultades expresamente dadas por la LEY, y NO tienen capacidad de actuar discrecionalmente**; lo cual se confirma con el último párrafo del numeral 03 del artículo 03° de la misma Ley N° 27444, que dice que la ausencia de normas NO genera discrecionalidad en la administración pública. En consecuencia, **dicho documento simple ES NULO**.

Asimismo, y algo aún más grave, es que la determinación y cálculo de la penalidad no solo ha sido dispuesta mediante documentos inoficiosos que NO constituyen un acto administrativo válido ni eficaz, sino que además, **ha sido dispuesto por el MINSA de manera arbitraria y discrecionalmente UNILATERAL, SIN DARNOS POSIBILIDAD A EJERCER DERECHO DE DEFENSA ALGUNO**, derecho indiscutible que tiene todo administrado cuando una entidad pública impone o aplica una sanción como lo es una penalidad, vulnerando así el **Derecho a un Debido Procedimiento** garantizado por el numeral 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444. En efecto, **se observa cómo es que el MINSA aplica de manera inopinada y sin respetar nuestro DERECHO DE DEFENSA una penalidad que además NUNCA ESTUVO CONTENIDA EN UN ACTO VALIDO NI EFICAZ**.

4.4.- Ahora bien, la invalidez, ineficacia e inexigibilidad de esta penalidad que pretende hacer valer indebidamente el MINSA no se reduce al argumento anterior, sino que además dicha penalidad es NULA por la manera en que ha sido calculada.

Debemos recodar que estamos ante el Contrato N° 227-2013-MINSA por la venta de veinte ambulancias por un lado por un monto de S/. 6'036,863.60, luego, ante la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA por la venta de dos ambulancias adicionales a ser entregadas el 13 de Agosto de 2014 por un monto de S/. 603,686.36. Es decir, tenemos un total de 22 ambulancias diferentes por entregar, cada una de ellas en su plazo contractual específico, y por sus montos unitarios correspondientes; en tal sentido, si bien es cierto estamos ante una unidad contractual derivada de una sola licitación, también lo es que estamos ante una obligación contractual que consiste en la entrega de 22 bienes diferentes. Y por tanto, **para calcular si realmente hubo o no una penalidad, se deberá tener en cuenta si hubo o no retraso por cada uno de los bienes a entregar materia de contrato**; en efecto, **el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la penalidad se calcula en función del monto ítem que debió ejecutarse y que no se cumplió con entregar oportunamente**. Lo cual es concordante con el segundo párrafo de la cláusula cuarta del Contrato N° 227-2013-MINSA, que establece que los pagos se hacen por **precios unitarios**; por lo que **si habría una penalidad, ésta se debe hacer por los valores unitarios de los bienes**, conforme a dicha cláusula contractual, y de acuerdo a lo regulado por el citado artículo 165°; sería totalmente

desproporcionado e irrazonable que en un contrato como el presente, en el que se van a entregar diferentes bienes cuyo precio de venta unitario es también diferenciado, y donde se hubiera identificado una demora respecto de uno solo de ellos, genere una penalidad respecto del resto que sí se entregó de manera puntual; este NO es el espíritu ni la regulación del artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que vulneraría el **Principio de Razonabilidad** regulado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444; **el artículo 165° establece que penalidad se calcula en función del bien específico que la hubiera podido causar.**

Sin embargo, del Oficio N° 127-2015-OL-OGA/MINSA (ver **Anexo N° 01-M**), ya hemos visto cómo el MINSA suma todas las contraprestaciones del Contrato N° 227-2013/MINSA (S/. 6'036,863.60) y de la Segunda Adenda (S/. 603,686.36), y por tanto, teniendo un monto total de S/. 6'640,549.95, considera que debería cobrar una penalidad total del 10% de dicha suma (S/. 664,054.99). De esta manera, advertimos cómo es que no obstante el MINSA ya había calculado de manera inválida una inexistente penalidad previa por un retraso de 37 días respecto de las 20 ambulancias del Contrato N° 227-2013-MINSA, y no había ningún tipo de incumplimiento o retraso adicional, y aun en el supuesto negado de que dicha penalidad hubiera sido procedente, **deviene en ilegal y abusivo que extienda dicho supuesto incumplimiento para considerarlo como si hubiéramos también incumplido las prestaciones de la Segunda Adenda, cuando NUNCA se produjo incumplimiento ni retraso alguno. Lo más abusivo, irregular y arbitrario de todo es que no obstante hace esta extensión de incumplimiento referido a las 20 ambulancias del Contrato N° 227-2013-MINSA que supuestamente había generado una penalidad de S/. 496,364.34 por un retraso de tan solo 37 días y que ni siquiera había llegado al tope legal del 10% del monto de ese contrato (que era de S/. 6'036,863.60), ahora suma el monto del contrato original y de la Segunda Adenda para finalmente aplicarle el 10% de sobre dos prestaciones (2 ambulancias) que fueron entregadas puntualmente y a conformidad, sin que se hubiera verificado NI UN SOLO DIA adicional NI COMPUTABLE de retraso.** Es decir, no obstante el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la penalidad se genera por día de retraso aplicado sobre el monto del bien que debió ejecutarse, por un monto máximo del 10% del valor de dicho bien, en este caso el MINSA, abusando de su posición y autoridad, incumple dicha norma legal para retener de manera irregular nuestro dinero y cobrarnos una penalidad que NUNCA se produjo; en efecto, si tenemos que la inexistente penalidad de S/. 496,364.34 que se nos aplicó por un supuesto retraso en el Contrato N° 227-2013-MINSA NO llegó al tope máximo legal del 10% permitido, justamente porque los días de retraso que se nos imputaron injustamente no generaron mayor monto de penalidad (si no, nos hubieran retenido indebidamente más dinero en esa oportunidad). **¿Cómo es que ahora las dos ambulancias materia de la Segunda Adenda, que se entregaron puntualmente y respecto de las cuales NUNCA hubo un solo día de retraso ni incumplimiento, pueden generar**

que tal penalidad se incremente sin motivo alguno en S/. 167,690.65, para efectos de lograr una retención y penalidad total del 10% aplicado sobre la totalidad de los montos contractuales del Contrato N° 227-2013-MINSA y de la Segunda Adenda? ¿Bajo qué supuestos días de retraso ha calculado el MINSA su írrita penalidad, cuando nunca hubo retraso? Es evidente que sin retraso ni incumplimiento alguno NUNCA se podrá generar penalidad de ningún tipo, siendo que el MINSA ha actuado vulnerando la ley y abusando de su posición, para arbitrariamente retenernos un dinero que no le pertenece y que nos debe pagar.

En este caso, y como ya lo hemos expuesto en líneas precedentes, el cálculo de la penalidad se hace en función del bien materia de la prestación, por lo tanto, para el caso de las dos ambulancias de la Segunda Adenda, únicamente habría que verificar si hubo retraso o incumplimiento respecto de esos dos bienes en específico, siendo totalmente irrelevante si hubo o no incumplimiento respecto de las otras 20 ambulancias materia del contrato originario; por ello, el resultado del otro arbitraje en el que se discute si esas 20 ambulancias generaron o no penalidad, deviene en un dato totalmente impertinente para esta causa. Por consiguiente, en aplicación del artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al haberse acreditado que NO existió incumplimiento ni retraso respecto de la entrega de las dos ambulancias de la Segunda Adenda, el cálculo, determinación y cobro de penalidad de S/. 167,690.65 es NULO, inválido, ineficaz e inexigible.

Además, aun cuando hubiera habido algún tipo de incumplimiento respecto de estas dos ambulancias, que NO lo hubo, recordemos que el monto contractual de la Segunda Adenda era de S/. 603,686.36, y cuya penalidad (INEXISTENTE E INEFICAZ por cierto) hubiera podido ser como máximo el 10% de la misma (S/. 60,368.63), conforme al límite legal prescrito por el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; sin embargo, el MINSA pretende calcular y cobrarnos una penalidad de S/. 167,690.65, que equivale al 27.77% del monto de dicha Segunda Adenda, con lo cual se violenta el máximo legal permitido.

4.5.- De lo expuesto en los acápites anteriores, verificamos cuatro graves vicios de **NULIDAD** en este irregular cálculo de penalidad del MINSA:

4.5.1.- En primer lugar, **cuando el MINSA hace su supuesta liquidación de penalidad aplicando la misma sobre todo el monto contractual y sobre todos los bienes materia de Contrato N° 227-2013-MINSA y su Segunda Adenda, incurre en contravención directa al texto expreso de la ley, ya que la evaluación en ese sentido se hace POR CADA BIEN O ITEM DE MANERA INDIVIDUAL y POR PRECIO UNITARIO.**

4.5.2.- El segundo de ellos es que **pretenden cobrar una penalidad respecto de bienes de la Segunda Adenda que fueron entregados oportunamente y a conformidad, sin que se hubiera producido incumplimiento alguno, siendo un imposible jurídico aplicar una**

penalidad sin haberse producido un retraso.

4.5.3.- En tercer lugar, **pretende extender los efectos de la inexistente penalidad sobre las 20 ambulancias del Contrato N° 227-2013-MINSA para aplicarla a las dos ambulancias de la Segunda Adenda que no tenían nada que ver y respecto de las cuales NUNCA hubo incumplimiento alguno.**

4.5.4.- En cuarto y último lugar, se verifica que esta nula e ineficaz penalidad **no fue determinada, calculada ni atribuida en el acto idóneo y legal para ello**, que era en las actas de conformidad de la prestación; sino que lo hace en un documento simple sin cumplir con los requisitos básicos que todo acto administrativo debe cumplir, **incurriendo en violación al Principio de Legalidad.**

4.6.- De lo expuesto, es evidente que el MINSA incurre en temeridad, mala fe y en un actuar contrario a ley, pretendiendo sorprendernos con una penalidad que atribuye de manera arbitraria no solo porque no hemos incurrido en incumplimiento ni en penalidad alguna, sino porque lo hace sobre la base de una atribución NULA EN TODOS SUS EXTREMOS, y **que NUNCA les podrá generar derecho para tratar de cobrarnos los S/. 167,690.65 que abusivamente nos atribuyen por dicho concepto.**

V.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE NUESTRA TERCERA PRETENSION.-

5.1.- Nuestra tercera pretensión es consecuencia de las dos pretensiones anteriores, ya sea que se declaren fundadas ambas o solo una cualquiera de ellas.

Por lo tanto, declarado que no hemos incurrido en incumplimiento en la entrega de las dos ambulancias de la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA, conforme lo demandamos en nuestra primera pretensión, tenemos que NO pueden aplicarnos penalidad ni sanción de ningún tipo, y la misma deberá ser declarada inválida, ineficaz e inexigible, y se deberá ordenar al MINSA cumpla con devolvernos, reintegrarnos y pagarnos la suma S/. 167,690.65 que indebidamente nos ha retenido por una inexistente y nula penalidad, más intereses.

5.2.- Sin perjuicio de ello, y de manera autónoma e independiente al resultado de nuestra primera pretensión, declarada fundada nuestra segunda pretensión, y verificado que la determinación, cálculo, imposición y cobro de la penalidad es nula, por no estar contenida en un acto administrativo idóneo, realizar cálculos fuera de los límites cuantitativos y cualitativos, que exige el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y por cobrar penalidades respecto de bienes entregados oportunamente, la misma deberá ser declarada también inválida, ineficaz e inexigible, y se deberá ordenar al MINSA cumpla con devolvernos, reintegrarnos y pagarnos la suma S/. 167,690.65 que indebidamente nos ha retenido por una inexistente y nula penalidad,

más intereses.

VI.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE NUESTRA CUARTA PRETENSION.-

6.1.- Nuestra cuarta pretensión es consecuencia de todas las pretensiones anteriores. En efecto, al determinarse que el MINSA ha incumplido con sus obligaciones de pago, impidiéndonos injustificadamente cobrar nuestra contraprestación cuando tuvimos que cobrarla en su debida oportunidad, y encima, reteniéndonos una irregular e indebida penalidad que nunca debió aplicarse por no tener sustento, y por derivarse de un acto nulo e ineficaz: **corresponde que el MINSA nos indemnice.**

6.2.- El artículo 1321° del Código Civil, de aplicación supletoria la presente caso, establece que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. En el presente caso, ha quedado acreditado que el comportamiento del MINSA ha estado dolosamente dirigido a incumplir con el pago de la contraprestación que nos corresponde por la transferencia y entrega a conformidad de la 2 ambulancias de la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA; en efecto, no solo no nos ha pagado la contraprestación completa que nos corresponde, sino que **no lo hace bajo el pretexto de una inexistente penalidad que nunca se produjo y que además es inválida, ineficaz y nula.**

Así, verificamos un incumplimiento contractual que evidentemente nos ha causado un perjuicio patrimonial, y que por mandato del artículo 1321° del Código Civil nos debe ser indemnizado.

6.3.- En efecto, en lo que respecta a las 2 ambulancias materia de la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA, éstas debieron sernos pagadas en Octubre de 2014, ya que en dicho mes fueron entregadas las mismas de manera efectiva y puntual el 13 de Agosto de 2014 (ver **Anexos N° 01-H y N° 01-I**), y cuentan con sus respectivas actas de conformidad de fechas 17 de Octubre 2014 (ver **Anexos N° 01-J y N° 01-K**). Por lo tanto, de acuerdo a la cláusula cuarta del citado contrato, el MINSA debió efectuar de la contraprestación completa luego de 15 días de prestada la conformidad; es decir, a más tardar a finales del mes de Octubre de 2014. Sin embargo, nos pagaron en el mes de Diciembre de 2014, reteniéndonos la suma de S/. 167,690.65 por una inexistente e ineficaz penalidad (ver **Anexos N° 01-L y N° 01-M**). Así, **tenemos que S/. 167,690.65 no fueron pagados en su oportunidad, lo que nos ha generado grandes pérdidas, considerando la variación del tipo de cambio.** En efecto, el tipo de cambio es muy importante en este caso para efectos de determinación de costos, ganancias y pérdidas, considerado que los bienes materia de contratación NO son fabricados en el Perú ni tienen industria nacional, sino que deben ser importados, siendo que sus costos y operaciones de transacción se manejan en Dólares de los Estados Unidos

de Norteamérica. De esta manera, si esos S/. 167,690.65 hubieran sido pagados en el mes de Octubre de 2014, hubiéramos podido comprar en dicha oportunidad US\$ 57,824.36 a un tipo de cambio de S/. 2.90 vigente en promedio para dicho mes. En cambio, al día de hoy, que el dólar bordea S/. 3.15, únicamente podríamos comprar con esa misma cantidad US\$ 53,235.13, **lo que nos ha generado una PERDIDA CONCRETA Y TANGIBLE de US\$ 4,589.23**, si consideramos los dólares que hubiéramos podido comprar en Septiembre del año pasado.

6.4.- Además, debemos tener en cuenta que el monto dejado de cobrar y que el MINSA no nos quiere pagar y nos ha retenido, no solo nos ha traído pérdidas por el incremento del tipo de cambio del dólar en US\$ 4,589.23, sino que es evidente que el no haber cobrado los S/. 167,690.65 de la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA, **nos ha generado pérdidas y perjuicios patrimoniales por el costo de oportunidad y financiero que significa no tener dicho dinero en nuestro poder. En efecto, hemos sufrido un notorio impacto financiero al no contar con dicho dinero, sobre el cual no obstante hemos tenido que pagar impuestos, hemos visto frustrados la inversión del mismo o su disposición para cualquier finalidad de impulso de nuestro negocio, e incluso, tenemos deudas que debimos pagar y que no podemos por el simple hecho de tener un gran hueco financiero por un dinero que debimos cobrar, pero que el MINSA se niega a ello y pretende apropiárselo bajo pretextos infundados y ajenos a la legalidad, incumpliendo así sus obligaciones contractuales; es decir, y como es evidente, el dejar de cobrar la suma que se nos debe nos genera un perjuicio patrimonial grande, el cual necesariamente debe ser indemnizado.**

Para ello, **resulta aplicable el artículo 1332° del Código Civil, el cual establece que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, el Juez lo fijará con valoración equitativa.** De esta manera, con la finalidad de determinar una cantidad equitativa para resarcir el daño que describimos en este acápite, consideramos que de manera adicional al daño cuantificado de **US\$ 4,589.23** por la variación del tipo de cambio del dólar, **se nos debe indemnizar por una suma adicional equivalente al mismo valor de US\$ 4,589.23;** por lo que la indemnización total que demandamos asciende a un total de US\$ 9,178.46.

6.5.- En consecuencia, estando el nexo causal y el daño debidamente acreditados conforme a lo expuesto y demostrado a lo largo de la presente demanda, no solo por el tipo de cambio, sino también por el perjuicio patrimonial y financiero causado por el incumplimiento de las obligaciones de pago del MINSA, por el atraso y la mora de dicha entidad pública, así como por su comportamiento irregular, arbitrario y discrecional, en perjuicio de nuestro Consorcio, se deberá **ordenar a dicha entidad pública cumpla con pagarnos una indemnización de daños y perjuicios total ascendente a US\$ 9,178.46**

VII.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO NUESTRA QUINTA

PRETENSION.-

7.1.- El artículo 70° del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, de aplicación supletoria al presente caso de conformidad con el inciso 12 del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que el laudo deberá contener la determinación de los costos del arbitraje, los mismos que comprenden los honorarios y costos del tribunal arbitral, los honorarios y gastos de secretario, los gastos razonables incurridos por las partes para la defensa en el arbitraje, y los gastos razonables para llevar adelante las actuaciones arbitrales. Asimismo, y de conformidad con el inciso 1 del artículo 73° del referido Decreto Legislativo, los costos deberán ser de cargo de la parte vencida, por lo que solicitamos se ordene al MINSA cumpla con reintegrarnos todos los costos en los que hemos incurrido para iniciar, gestionar, tramitar, llevar adelante, y defendernos en el presente arbitraje.

- 5.2. Asimismo, la Entidad sustentó su contestación de demanda mediante los siguientes argumentos:

«(...)

1. **Con relación a la Primera Pretensión**, para que se declare y determine que la demandante no ha incurrido en ningún tipo de atraso y/o incumplimiento de la Segunda Addenda al Contrato N° 227-2013-MINSA, referido a la transferencia y entrega de una (1) Ambulancias Urbana Tipo II y de una (1) Ambulancia Urbana Tipo III, y que ella ha cumplido debida y oportunamente sus obligaciones, debo manifestar que niego y contradigo dicha pretensión, toda vez que si bien la demandante entregó el 13 de agosto de 2014 las dos ambulancias objeto de la segunda addenda, fueron recibidas como bulto, esto es, sin revisar su contenido, y es recién el 17 de octubre de 2014, que la entidad suscribe el Acta de Conformidad las cuales han sido acompañadas como Anexos 01-J y 01-L del escrito de demanda, lo que evidencia que la entrega a conformidad de la entidad recién se dio el 17 de octubre del año 2014, hecho que resulta innegable.

Consecuentemente, señor Presidente, la primera pretensión debe declararse INFUNDADA, haciendo presente que los Anexos 01-H y 01-I a que se refiere la demandante en el numeral 2.3 son documentos en los que se ha referido expresamente a ser recibidos como Bultos, lo que significa que en dicha fecha no hubo ninguna señal de conformidad, pues, ella fue prestada recién el 17 de octubre de 2014. Queda acreditado el incumplimiento de la demandante.

2. **En cuanto a la Segunda Prestación**, para que se declare que el cálculo, liquidación e imputación de penalidad por S/. 167,690.65 que les ha comunicado el MINISTERIO DE SALUD con el Oficio N° 127-2015-OL-OGA/MINSA del 26 de enero de 2015, es ineficaz, nulo invalido e

Arbitraje:

Consorcio Euroshop S.A. – Rontan Eletro
Metalúrgica LTDA – Momarento E.I.R.L. – Ministerio de
Salud "Contrato N° 227-2013-MINSA"

inexigible y carente de valor, niego y contradigo dicha pretensión, solicitando que se declare INFUNDADO.

En efecto, señor Presidente, el Oficio N° 127-2015-OL-OGA/MINSA, de fecha 26 de enero de 2015, (constituido por el Anexo N° 01.M del escrito de demanda), ha sido suscrito por el Director Ejecutivo de Logística del MINSA. Sr. Hialmer Ordinola Calle, para dar respuesta a la Carta sin número del 19 de enero de 2015 (Anexo 01-L del escrito de demanda) remitida por el Consorcio Euroshop. En este Oficio, el funcionario de Logística del MINSA señaló expresamente lo siguiente:

i) ...en atención al documento de la referencia que solicita el pago del saldo por la adquisición de dos ambulancias Urbanas Tipo II y Tipo II correspondiente a la segunda adenda del Contrato N° 227-2013-MINSA, mediante el presente se le informa que el monto retenido de S/. 167,690.65, corresponde a la diferencia del cálculo de la penalidad aplicada al monto del contrato vigente (S/. 6'640,549.96), cuyo 10% equivale a S/. 664,054.99) Nuevos Soles..."

ii) Agrega el funcionario del MINSA "... Al respecto, el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que la penalidad por mora en la ejecución de la prestación se aplicará hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente, por lo cual, su representada fue penalizada como sigue:

| | |
|----------------------------|-------------------|
| Liquidación (P. Principal) | 496,364.34 |
| Liquidación (P. Adicional) | <u>167,690.65</u> |
| Penalidad total aplicada | 664,054.99 |

iii) Continúa señalando el funcionario del MINSA: "... En ese sentido, la Entidad no tiene saldo pendiente de pago a su representada por la suma indicada de S/. 167,690.65 Nuevos Soles, por lo cual, resulta improcedente el requerimiento formulado por Consorcio Euroshop S.A. - Rontan Eletro Metalúrgica LTDA - Momarento E.I.R.L. al haberse aplicado Penalidad por Mora en cumplimiento en lo dispuesto en la normativa de contrataciones señalado precedentemente.

iv) Concluye dicho funcionario diciendo "...Finalmente en atención a la Cláusula Décimo Séptima del Contrato reseñado su representada se encuentra en la potestad de iniciar el procedimiento que le conlleve a solucionar las controversias que surjan entre las partes y que se presenten durante la etapa de la ejecución contractual conforme a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de

Contrataciones del Estado".

Es evidente que la aplicación de penalidad se ha sustentado en la mora en la ejecución de la prestación, teniendo un monto de 10% del monto del contrato vigente.

Consecuentemente, señor Presidente, se advierte que la penalidad aplicada se encuentra arreglada a ley y, por ende, debe declararse Infundada esta pretensión.

3. **En lo que corresponde a la Tercera Pretensión** referente a que se ordene al Ministerio de salud cumpla con devolver y pagarle al demandante la suma de S/. 167,690.65, pues, no ha existido retención indebida, niego y contradigo esta pretensión, toda vez que la entidad ha aplicado la penalidad con sustento en la ley, razón por la cual, no es posible atender ni el pago de la suma reclamada ni sus intereses, para lo cual, reproduzco los fundamentos de hecho y derecho que he señalado en el numeral 2 que antecede, para dar respuesta a la segunda pretensión. En efecto, se ha acreditado que la penalidad se ha aplicado conforme a ley.
4. **Con relación a la Cuarta Pretensión**, niego y contradigo que el Ministerio de Salud se haya comportado de manera irregular, arbitraria y discrecional, en perjuicio de la demandante, por lo que no ha existido daño alguno, máxime que el mismo no ha sido acreditado por parte del demandante. En consecuencia, no es posible que se ordene que el Ministerio de Salud le pague al demandante la suma de US\$ 9,178.46, pues, la entidad se ha limitado a dar cumplimiento a la norma. Asimismo, señor Presidente, de existir algún pago que realizar por estimarse que se ha realizado un pago parcial, la propia Ley de Contrataciones del Estado establece que de existir obligación de pago y se ha incurrido en mora, solamente pueden ordenarse el pago de intereses legales, pero, no indemnización alguna.
5. **Respecto a la última pretensión**, para que se ordene que el Ministerio de Salud cumpla con asumir y pagarle al demandante costas y costos del proceso arbitral y de todo gasto incurrido para someter esta controversia a arbitraje, niego y contradigo dicha pretensión, solicitando se declare INFUNDADA la misma, toda vez que más bien quien deberá asumir el pago total de los Honorarios arbitrales, será el consorcio demandante, pues, la demanda (incluidas sus pretensiones), SON COMPLETAMENTE INFUNDADAS.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

"Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente

establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

Inciso 1 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje.- El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

La Clausula Vigésima de dicho documento, relacionada a la "solución de controversias", señala textualmente lo siguiente:

"Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante conciliación y de ser el caso arbitraje, según lo dispuesto en el artículo 52° de la ley."

El artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017, dispone en su primer parte lo siguiente:

"Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad.....".

El artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que dispone que la penalidad por mora en la ejecución de la prestación se aplicará hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente.

Artículo 196° del Código Procesal Civil: Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Artículo 200° del Código Procesal Civil: Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

VI. DECLARACIONES PRELIMINARES

- 6.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente: El Tribunal Arbitral se ha instalado de conformidad con las

normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.

- (i) El Consorcio interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
- (ii) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, habiéndola contestado oportunamente.

VII. HECHOS RELEVANTES Y NORMAS APLICABLES

7.1. El 5 de agosto de 2013, las partes celebraron POR UNA PARTE el Consorcio Euroshop SA. – Rontan Eletro Metalúrgica LTDA – Momarento E.I.R.L. y de otra parte el Ministerio de Salud, el Contrato N°227- 2013-MINSA, el cual tenía por objeto la adquisición de ambulancias.

7.2. Asimismo, se estableció que el plazo de ejecución de las prestaciones contenidas en el referido contrato fuese de ciento noventa (180) días calendario, el mismo que se computaría a partir de la fecha siguiente de suscrito el contrato.

7.3. Además de ello, la Cláusula Décimo Séptima del Contrato dispone que:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado."

"Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de Contrataciones del Estado."

"El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."

- 7.4. Así también, la Cláusula Décimo Sexta dispone que las normas aplicables serán la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las Directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, asimismo, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.

VIII. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS EN CONTROVERSIA

- 8.1. En este acto, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que la presente decisión se adopta en función de la ley aplicable, así como luego de haber realizado un análisis de las actuaciones arbitrales y medios probatorios ofrecidos por las partes a lo largo del presente proceso.

Cabe precisar que el Tribunal Arbitral solo y únicamente analiza y se pronuncia sobre los hechos y el derecho alegados respecto a la segunda Adenda del Contrato N° 227- 2013- MINSA y no sobre los demás aspectos del referido Contrato, que son objeto de un proceso arbitral seguido ante otro Tribunal Arbitral.

- 8.2. Siendo ello así, el Tribunal Arbitral procede a analizar los puntos en controversia establecidos en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EL CONSORCIO NO HA INCURRIDO EN NINGÚN TIPO DE ATRASO Y/O INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE LA SEGUNDA ADENDA AL CONTRATO N° 227-2013-MINSA, REFERIDO A LA TRANSFERENCIA Y ENTREGA DE UNA (1) AMBULANCIA URBANA TIPO II Y DE UNA (1) AMBULANCIA URBANA TIPO III, EN CONSECUENCIA, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EL CONSORCIO HA CUMPLIDO DEBIDA Y OPORTUNAMENTE CON SUS OBLIGACIONES AL RESPECTO, POR LO QUE NO DEBE SUMA DE DINERO ALGUNA, NI TIENE OBLIGACIÓN DE PAGO NI DE NINGÚN TIPO CON LA ENTIDAD, POR CONCEPTO DE PENALIDAD U OTRO CONCEPTO.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

- 8.3. El Consorcio refiere haber suscrito con el MINSA la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA del 14 de febrero de 2014 para la venta y transferencia de dos ambulancias por un precio total de S/. 603,686.36, las cuales debían ser entregadas el 13 de agosto de 2014, y que fueron entregadas de manera puntual en dicha fecha, contando igualmente con las actas de conformidad correspondientes. Sin embargo, el Consorcio refiere que el MINSA no cumplió con pagarle toda la contraprestación que le correspondía, habiéndole retenido la suma de S/. 167,690.65 por una penalidad que consideran nula e ineficaz, ya que señalan no incurrieron en ningún incumplimiento contractual.

POSICIÓN DEL MINSA:

- 8.4. El MINSA señala que recibieron las ambulancias en calidad de bulto el 13 de agosto de 2014, sin revisar, y que las actas de conformidad recién se dieron el 17 de octubre de 2014, lo cual el MINSA considera que acredita el incumplimiento del Consorcio.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

- 8.5. La Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA fue suscrita entre el Consorcio y el MINSA el 14 de Febrero de 2014, para la operación de adquisición de dos ambulancias por un precio total de S/. 603,686.36. Dicha adenda en su cláusula tercera estableció que el plazo de entrega de dichas ambulancias sería el mismo plazo establecido en el Contrato N° 227-2013-MINSA, contado a partir de la suscripción de la referida adenda. Dicha cláusula de la adenda establecía puntualmente lo siguiente:

"CLÁUSULA TERCERA.- PLAZO DE LA PRESTACIÓN ADICIONAL

La prestación adicional se extenderán desde la suscripción de la adenda hasta la entrega de las misma en el plazo establecido en el Contrato N° 227-2013-MINSA.

- 8.6. Así las cosas, el plazo para la entrega de la prestación adicional era de 180 días calendarios contados a partir del 14 de febrero de 2014, por lo que el plazo de vencimiento para la entrega de las dos ambulancias de esta Segunda Adenda fue el 13 de agosto de 2014, respecto a esta última fecha, este Tribunal advierte que ambas partes coinciden en que era esta la fecha en la que correspondía se cumpla la ejecución de la prestación adicional.

- 8.7. En relación a la entrega que alega el Consorcio efectuó, obra en el expediente las Guías de Remisión N° 021-006527 y N° 021-006528, ambas de fecha 11 de Agosto de 2014, recepcionadas por el Jefe de Almacén de Equipos y Mobiliario del MINSA con fecha 13 de agosto de 2012, cada una respectivamente por las dos ambulancias materia de la Segunda Adenda del Contrato N° 227-2013-MINSA, las cuales cuentan con una anotación del funcionario de que las mismas se recibieron en calidad de bulto el 13 de agosto de 2014.

Arbitraje:

Consorcio Euroshop SA. – Rontan Eletro
Metalúrgica LTDA – Momarento EIRL. – Ministerio de
Salud "Contrato N° 227-2013-MINSA"

- 8.8. Asimismo, obra en el expediente las actas de instalación, prueba operativa y conformidad de las dos ambulancias materia de la Segunda Adenda del Contrato N° 227-2013-MINSA, ambas de fecha 17 de octubre de 2014.
- 8.9. El artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado prescribe que la recepción y conformidad son actos de responsabilidad de la Entidad. Asimismo, señala que en el caso de detectar observaciones al momento de la entrega y recepción de los bienes, la Entidad lo deberá consignar en el acta respectiva, otorgando un plazo no menor de 2 ni mayor de 10 días calendario para su subsanación, y en caso de incumplimiento, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades correspondientes.
- 8.10. El artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado prescribe que una vez recibidos los bienes, la Entidad tiene un plazo de 10 días calendario a efectos de otorgar la conformidad de la recepción, y luego de ello, tendrá 15 días calendario para efectuar el pago.
- 8.11. El artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado prescribe que, en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez (10%) por ciento del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.
- 8.12. De las normas antes acotadas, corresponde analizar en primer lugar el acto de entrega en sí mismo de los bienes por parte del Consorcio al MINSA. EL plazo para la entrega de las ambulancias tenía como fecha de vencimiento el 13 de agosto de 2014, y se

verifica que efectivamente las dos ambulancias fueron entregadas el mismo 13 de agosto de 2014, lo cual ha sido aceptado también por el MINSA al momento de contestar la demanda. Por lo tanto, queda demostrado que el Consorcio no incumplió con la entrega de los bienes objeto de contratación, todo lo contrario lo hizo de manera puntual.

8.13. De los actuados en el expediente, no obra ningún acta de observaciones ni cuestionamiento alguno referidas a las dos ambulancias entregadas el 13 de agosto de 2014, por lo que, realizada dicha entrega, y de conformidad con el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, era el MINSA quien tenía 10 días calendario para revisar las ambulancias y otorgar la conformidad de las mismas, plazo mandatorio que venció el 23 de agosto de 2014. Sin embargo, el MINSA emitió dichas actas de conformidad recién el 17 de octubre de 2014. De los actuados en el expediente y de las normas legales citadas, se aprecia que el retraso en la emisión de las actas de conformidad es imputable al MINSA, entidad que tenía la obligación legal de emitirlas dentro de un plazo mandatorio legal luego de que recibió las ambulancias de manera puntual por parte del Consorcio, máxime si dichos bienes fueron entregados y recibidos sin observaciones. En efecto, el acto de revisión y posterior conformidad es una obligación que legalmente se impone a las entidades, por lo que cualquier retraso en este caso desde la recepción de las ambulancias hasta su conformidad, constituye un acto imputable al MINSA, y las consecuencias jurídicas de dicho retraso serán igualmente atribuibles e imputables al MINSA.

8.14. Por consiguiente, se concluye que el Consorcio cumplió con la entrega oportuna de las dos ambulancias materia de contratación pública y dentro del plazo pactado, las cuales no fueron objeto de observación ni cuestionamiento alguno, habiendo sido el MINSA

quien incumplió los plazos legales en la revisión y conformidad de dichos bienes, siendo dicha Entidad responsable de las consecuencias que ello pudiera generar.

- 8.15. Por lo expuesto, corresponde declarar que el Consorcio no ha incurrido en ningún tipo de atraso y/o incumplimiento en la ejecución de la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA, referido a la transferencia y entrega de una ambulancia urbana tipo II y de una ambulancia urbana tipo III. Asimismo, corresponde declarar que el Consorcio ha cumplido debida y oportunamente con sus obligaciones al respecto, por lo que no debe suma de dinero alguna, ni tiene obligación de pago ni de ningún tipo con la Entidad, por concepto de penalidad u otro concepto.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE LA DETERMINACIÓN, CÁLCULO, LIQUIDACIÓN E IMPUTACIÓN DE PENALIDAD QUE COMUNICÓ LA ENTIDAD POR LA SUMA DE S/. 167,690.65 EN SU OFICIO N° 127-2015-OL-OGA/MINSA DEL 26 DE ENERO DE 2015, Y POR CUALQUIER OTRO MONTO, ES NULA, INVÁLIDA, INEFICAZ, INEXIGIBLE, Y CARECE DE TODO VALOR.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

- 8.16. El Consorcio refiere que dado que cumplió puntualmente y dentro del plazo fijado con la entrega sin observaciones y a conformidad de las dos ambulancias de la Segunda Adenda al Contrato N° 227-2013-MINSA, entonces no correspondería la aplicación de la penalidad que el MINSA les ha atribuido por la suma de S/. 167,690.65 en el Oficio N° 127-2015-OL-OGA/MINSA del 26 de enero de 2015. En tal sentido, el Consorcio concluye que la penalidad aplicada sería ineficaz e inválida, siendo imposible, refiere dicha parte, que se haya podido generar penalidad.

8.17. Asimismo, el Consorcio afirma que el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la penalidad se calcula en función del ítem o bien que debió ejecutarse y hasta un máximo del 10% de cada bien. En tal sentido, si el MINSA hubiera querido aplicar una penalidad, hubiera tenido que ser por cada ambulancia en particular dependiendo de si hubo retraso respecto de las mismas, pero nunca sumar todos los precios de las ambulancias del Contrato N° 227-2013-MINSA originario y de la Segunda Adenda, para aplicarle al total el 10% como irregularmente lo hizo. Todo ello generó entonces que el valor retenido por inexistente penalidad respecto de las dos ambulancias de la Segunda Adenda del Contrato N° 227-2013-MINSA fuera excesivamente superior al 10% máximo permitido por la ley, fuera calculado respecto de un incumplimiento que nunca se dio, sostiene el Consorcio. De esta manera, dicha parte considera que se ha vulnerado el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, y por tanto, hay nulidad de la penalidad conforme al numeral 1 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

8.18. De otro lado, el Consorcio indica que la penalidad sería nula también formalmente, ya que indican que ésta solo podría ser determinada y cobrada en el acta de conformidad, para lo cual cita el inciso 3 del artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En tal sentido, señala que dado que ninguna de las actas de conformidad establecieron penalidad a su cargo, el MINSA no pudo determinar la misma en un acto posterior ni distinto al acta de conformidad, ya que no sería el acto idóneo ni válido que la ley ha fijado para ello, y no estaría permitido imputar penalidad en otro momento ni en otro acto. Asimismo, precisa que el Oficio mediante el cual se les ha atribuido la penalidad no habría estado emitido por funcionario competente ni estaría debidamente motivado, deviniendo en un acto nulo. Por lo tanto, el Consorcio

considera que dado que en los documentos de conformidad de prestación de las dos ambulancias no se hizo indicación alguna de penalidad ni de ningún monto a pagar a favor del MINSA, fue porque efectivamente no le debían ninguna penalidad.

POSICIÓN DEL MINSA:

- 8.19. El MINSA señala que la penalidad aplicada al Consorcio se justifica en la mora en la ejecución de la prestación por parte del Consorcio.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

- 8.20. El artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado prescribe que en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones del contrato, se aplicará una penalidad diaria hasta un máximo equivalente al 10% del monto del contrato, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. En consecuencia, para determinar la penalidad se deberá analizar el presunto retraso o incumplimiento respecto de cada uno de los bienes que conforman el contrato. En este caso, si estamos frente a la Segunda Adenda del Contrato N° 227-2013-MINSA en que analizamos el cumplimiento en la entrega de dos ambulancias, entonces habrá que determinar si hubo retraso o incumplimiento respecto de cada una de esas dos ambulancias.

- 8.21. Conforme a la conclusión y determinación arribada en el punto controvertido desarrollado en los considerandos precedentes, advertimos que al Consorcio cumplió oportunamente con la entrega de las dos ambulancias de la Segunda Adenda del Contrato N° 227-2013-MINSA, y no se le ha atribuido responsabilidad ni incumplimiento ni retraso al respecto. Por lo tanto, bajo esos términos, no correspondió que el MINSA imputara penalidad al Consorcio, habiendo contravenido el artículo 165 del Reglamento

de la Ley de Contrataciones del Estado, deviniendo dicha penalidad misma en inválida e ineficaz.

- 8.22. Por lo expuesto, corresponde declarar que la determinación, cálculo, liquidación e imputación de penalidad que comunicó la Entidad por la suma de S/. 167,690.65 en su Oficio N° 127-2015-OL-OGA/MINSA del 26 de Enero de 2015, y por cualquier otro monto, es nula, ineficaz, inválida, inexigible, y carece de todo valor.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: EN CASO SE AMPARE LA PRIMERA O SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL O AMBAS, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA ENTIDAD CUMPLA CON DEVOLVER, REINTEGRAR Y PAGAR AL CONSORCIO LA SUMA DE S/. 167,690.65 QUE RETUVO POR CONCEPTO DE PENALIDADES; MÁS LOS INTERESES CORRESPONDIENTES.

- 8.23. Por los considerandos precedentes, y estando a que el presente punto controvertido es accesorio y consecuencia natural de lo decidido en los puntos controvertidos precedentes, corresponde determinar que el MINSA cumpla con reintegrar y pagar al Consorcio la suma S/. 167,690.65, más intereses legales.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA ENTIDAD CUMPLA CON PAGAR AL CONSORCIO UNA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS ASCENDENTE A LA SUMA DE US\$ 9,178.46.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

- 8.24. El Consorcio indica que el MINSA le habría causado un serio perjuicio patrimonial por haberle imputado y retenido la suma de S/. 167,690.65 por una inexistente penalidad.

8.25. Refiere que según sus cálculos, la pérdida patrimonial por la falta de pago oportuno por el tipo de cambio ascendería a la suma de US\$ 4,589.23, monto objetivo por el cual deberían ser indemnizados; y adicionalmente, en aplicación del criterio establecido en el artículo 1332 del Código Civil, correspondería que se les indemnice también por determinación y valoración equitativa del juzgador, por una suma igual de US\$ 4,589.23. En suma, el Consorcio solicita que el MINSA lo indemnice con la suma total de US\$ 9,178.46.

POSICIÓN DEL MINSA:

8.26. El MINSA refiere que no ha causado ningún daño al Consorcio, agregando que el mismo no estaría demostrado.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

8.27. El Consorcio solicita el pago de una indemnización por el daño que la Entidad le ha causado al haber incumplido con sus obligaciones de pago y reteniéndole una irregular e indebida penalidad, lo que le ha generado grandes pérdidas, considerando la variación del tipo de cambio pues los bienes materia de contratación son importados, siendo sus costos y operaciones de transacción manejadas en dólares americanos, de allí que al tipo de cambio de hoy calcula un monto de US\$ 4,589.23 (Cuatro mil quinientos ochenta y nueve con 23/100 Dólares Americanos), monto que afirma, es el que se le debe indemnizar, más un monto similar, lo que arroja el monto total de US\$ 9,178.46 (Nueve mil ciento setenta y ocho con 46/100 Dólares Americanos).

8.28. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que a efectos de pronunciarse sobre este punto controvertido, es preciso determinar el marco teórico de la responsabilidad civil.

8.29. En el presente arbitraje, al estar dentro de los parámetros de un Contrato, corresponde analizar el pedido del Consorcio desde la óptica de la responsabilidad civil contractual.

8.30. Para los casos de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales o responsabilidad contractual, el artículo 1321° del Código Civil peruano dispone lo siguiente:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

8.31. Ahora bien, la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, nace con la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la antijuridicidad; (ii) el daño causado; (iii) la relación de causalidad; y (iv) el factor de atribución.

8.32. Con la finalidad de atribuir responsabilidad civil contractual a la Entidad, y, en consecuencia, otorgar una indemnización a favor del Consorcio, es necesario verificar la concurrencia de los referidos elementos esenciales de la responsabilidad civil.

8.33. En relación al primer elemento, es decir, la ilicitud o antijuridicidad, Lizardo TABOADA¹ señala lo siguiente:

"Modernamente existe acuerdo en que la antijuridicidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad,

¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

*en el sentido de afectar los valores o principios sobre los
cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"*

- 8.34. En el mismo sentido, Espinoza Espinoza² señala que la ilicitud o antijuricidad es lo "contrario al derecho" o que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- 8.35. De lo antes mencionado, se infiere que el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, siendo éste la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominada antijuridicidad). En tal sentido, la inejecución de una obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causa imputable a una de las partes, implica una conducta contraria a derecho o antijurídico, en la medida que se viola el derecho de crédito que tiene todo acreedor, situación que está proscrita por ley.
- 8.36. En atención a lo señalado, se debe precisar que para la procedencia del pago de una indemnización ante un incumplimiento contractual por causa imputable a una de las partes, resulta indispensable que se verifique la existencia del daño; pues, el solo incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho de una indemnización; tiene que haber un daño cierto.
- 8.37. En tal sentido, a juicio del Tribunal Arbitral, en relación al caso concreto, los daños deben ser probados y cuantificados por la parte que los padece, esto es, el Consorcio. Más aun cuando el artículo 1331° del Código Civil peruano señala que "la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la

² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. 6ta edición. Editorial Rodhas. Lima. 2011. págs. 94-98.

inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

- 8.38. Ahora bien, conforme se puede advertir de la pretensión que da origen al presente punto controvertido, el Consorcio solicita una indemnización por daños y perjuicios sin precisar por qué concepto.
- 8.39. Al respecto, el Tribunal Arbitral advierte que no existe prueba fehaciente e indubitable de los daños y perjuicios que haya sufrido el Consorcio.
- 8.40. Continuando con el análisis de la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil, corresponde referirse al tercer elemento, es decir, la relación de causalidad o nexo causal, que importa que el daño sea consecuencia de la inejecución de la obligación del deudor, es decir, que exista vinculación entre el evento lesivo y el daño generado.
- 8.41. Se puede apreciar de lo actuado en el presente arbitraje, que no existe relación de causalidad, toda vez que el Consorcio no ha probado fehacientemente daño alguno sufrido directamente de la imposición de penalidades por parte de la Entidad.
- 8.42. Finalmente, en relación al factor de atribución, éste importa que la parte incumplidora de su obligación haya procedido con dolo o culpa, dado que su ausencia la exoneraría de responsabilidad.
- 8.43. En el presente arbitraje, ha quedado demostrado que la Entidad actuó, bajo el entendido que estaba procediendo en ejercicio regular de su derecho, por lo que tampoco existe un factor de atribución de responsabilidad.

8.44. En conclusión, el Tribunal Arbitral considera que al no haberse probado fehacientemente la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad civil contractual, no corresponde ordenar el pago de la indemnización de daños y perjuicios solicitada por el Consorcio.

8.45. Por las consideraciones antes expuestas, el Tribunal Arbitral determina que se debe declarar infundada la pretensión indemnizatoria en favor del Consorcio.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR QUÉ PARTE, Y DE SER EL CASO, EN QUÉ PROPORCIÓN DEBERÁN ASUMIR LOS COSTOS ARBITRALES.

8.46. En primer lugar, el Tribunal Arbitral fija sus honorarios definitivos en la suma de S/. 19,305.00 netos y de la Secretaría Arbitral en el monto de S/. 5,708.00 incluido IGV, según las liquidaciones practicadas en el presente arbitraje.

8.47. Sobre los costos y costas del proceso arbitral, el Tribunal Arbitral advierte que las partes no han convenido distribución alguna de dichos costos en el convenio arbitral. En tal sentido, a falta de dicho acuerdo, el Colegiado cuenta con las facultades para realizar dicha distribución de conformidad con lo establecido en el artículo 73° del D. Leg. N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, el cual establece:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y

prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (...)".

- 8.48. En ese sentido, para determinar la distribución de los costos y costas del arbitraje el Tribunal debe tener en consideración el actuar de las partes y su colaboración dentro del proceso para resolver la controversia, así como su derecho de litigar en el presente arbitraje.
- 8.49. De los actuados se observa que ambas partes han cumplido a cabalidad y dentro del plazo con los mandatos conferidos, más aún, se ha mostrado una colaboración por las partes para resolver las controversias suscitadas entre ellas.
- 8.50. Asimismo, se considera que ambas partes han tenido los motivos suficientes para recurrir a ésta vía, así como argumentos suficientes para defender sus posiciones, en consecuencia, ordena que los costos y costas del presente arbitraje sean asumidos por las partes en iguales condiciones, debiendo asumir cada una con los costos y costas que les haya irrogado la tramitación del proceso arbitral.
- 8.51. En lo que respecta los costos arbitrales, este Tribunal considera que cada parte deberá asumir los gastos de sus propios abogados.
- 8.52. Por ello, corresponde ordenar al MINSA cumpla con reintegrarle y pagarle al Consorcio por concepto de costas arbitrales, esto es, por el pago del segundo anticipo de honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral, ordenados mediante Resolución N° 5, la suma de S/. 3,654.78, puesto conforme se desprende de la Resolución N° 8, el Consorcio asumió la parte que le correspondía a la Entidad.

Arbitraje:

Consorcio Euroshop SA. – Rontan Eletro
Metalúrgica LTDA – Momarento E.I.R.L. – Ministerio de
Salud "Contrato N° 227-2013-MINSA"

MOMARENTO E.I.R.L. una indemnización de daños y perjuicios ascendente a US\$ 9,178.46 (Nueve mil ciento setenta y ocho con 46/100 Dólares Americanos).

QUINTO: DISPONER que cada parte deba asumir el 50% de los gastos arbitrales y el íntegro de los gastos de su propia defensa, por los fundamentos desarrollados en la parte considerativa del presente Laudo.

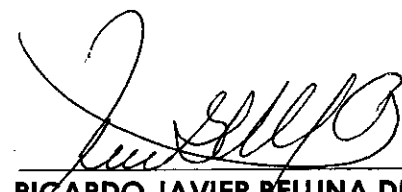
SEXTO: FIJAR los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de suma de S/. 19,305.00 netos y de la Secretaría Arbitral en el monto de S/. 5,708.00 incluido IGV, en consecuencia, **ORDENAR** al MINISTERIO DE SALUD cumpla con reembolsar al CONSORCIO EUROSHOP S.A. – RONTAN ELETRO METALURGICA LTDA. – MOMARENTO E.I.R.L., la suma de S/. 3,654.78, puesto conforme se desprende de la Resolución N° 8, el Consorcio asumió la parte que le correspondía a la Entidad.



RICARDO SALAZAR CHÁVEZ
Presidente del Tribunal Arbitral



IVÁN CASIANO LOSSIO
Árbitro



RICARDO JAVIER BELLINA DE LOS HEROS
Árbitro



CARMEN ANTONELLA QUISPE VALENZUELA
Arbitre Soluciones Arbitrales SRL
Secretaría Arbitral